



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 535 del 2011, proposto da:

Med Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Barbara Braggio, con domicilio eletto presso Lanfranco Avv. Massimi in L'Aquila, via Colle Pretara, 31/F;

contro

Asl 01 Avezzano/Sulmona/L'Aquila, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico De Nardis, con domicilio eletto presso Domenico Avv. De Nardis in L'Aquila, via G. Pastorelli,18/C;

nei confronti di

Trumpf Med Italia Srl;

per l'ottemperanza

della sentenza tar l'aquila n.402 del 14/04/2010, confermata in sede di appello dal consiglio di stato con sentenza n.2016 del 15/02/2011, relativa all'aggiudicazione appalto fornitura attrezzature,arredi per la realizzazione di n.1 camera operatoria e n.1 sala operatoria –reclamo ex art. 114 comma 6 CPA. avverso atto commissariale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asl 01 Avezzano/Sulmona/L'Aquila;

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 settembre 2012 il dott. Paolo Passoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il reclamo proposto ai sensi dell'art. 114 comma 6 CPA dalla società MED in ordine ad alcune statuizioni relative all'atto depositato in giudizio il 1.6.2012 dal commissario ad acta, in esito all'incarico affidato da questo TAR con sentenza 609/11 per l'applicazione dei criteri stabiliti nella sentenza n. 402/2010, ai fini della quantificazione del danno a favore dell'odierna ricorrente;

Preso atto che il reclamo afferisce alla cd. prova di inerzia gestionale, in relazione alla quale si riportano di seguito, per comodità di consultazione, i principali passaggi della sentenza 402/2010:

“...Relativamente invece al lucro cessante da mancata aggiudicazione, secondo giurisprudenza che il collegio

condivide, tale voce può essere risarcita per intero se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre quando tale dimostrazione non venga offerta è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione del danno risarcibile. Trattasi anche in questo caso di un'applicazione del principio dell'aliunde perceptum, in base al quale, onde evitare che a seguito del risarcimento il danneggiato possa trovarsi in una situazione addirittura migliore rispetto a quella in cui egli si sarebbe trovato in assenza dell'illecito, va detratto dall'importo dovuto a titolo risarcitorio (oltre ai costi di gestione che la ditta avrebbe comunque affrontato nell'esecuzione dell'appalto) quanto dalla ditta stessa percepito grazie allo svolgimento di diverse attività lucrative, nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire l'appalto in contestazione (Consiglio di Stato, sez. VI n. 2751 del 9 giugno 2008, ove viene ben chiarito come l'onere di provare l'assenza dell'aliunde perceptum spetti al ricorrente e non alla PA, nel più generale contesto di quantificazione del danno lamentato) (...) Una volta individuato –in via analitica ovvero, in subordine, in via forfetaria- l'utile che la ditta avrebbe conseguito nel caso di aggiudicazione in suo favore, occorre poi verificare se l'impresa riesca o meno a dimostrare (attraverso agevoli prove connesse ai bilanci di esercizio) di essere stata medio tempore improduttiva senza alcun utilizzo alternativo di lavoratori e di mezzi, secondo criteri prima specificati. E ciò con la conseguenza che solo nel caso in cui sia fornita la suddetta prova di inerzia gestionale potrà essere integralmente riconosciuto l'utile d'impresa; non si ritiene invece di esigere anche il principio di prova sulle opportunità alternative alle quali l'interessato ha dovuto rinunciare (es. Consiglio di Stato sez. V n. 6393 del 18 novembre 2002), poiché si ritiene tale adempimento non proporzionato nei confronti di una ditta che –confidando nella spettanza dell'appalto- può aver comprensibilmente ritenuto per quel periodo di non monitorare il mercato. Invece, nell'ipotesi in cui emerga in modo esatto e documentato l'impiego alternativo delle risorse imprenditoriali, occorrerà detrarre dal risarcimento il relativo fatturato con una riduzione massima del 50%, per dar modo di riconoscere comunque un disagio organizzatorio e di programmazione d'impresa che la solerzia del danneggiato non può comunque paradossalmente svinire. Qualora sussista invece solo una mancata prova di immobilismo delle risorse aziendali (senza che venga contemporaneamente fornita una trasparente documentazione su specifici ripieghi), al danneggiato dovrà direttamente operarsi una decurtazione forfetaria del 50%, secondo analoghi e consolidati principi giurisprudenziali (cfr. Cons. Stato sez. IV n. 4722 del 7 settembre 2007 e pronunce ivi richiamate)";

Constatato che la decisione commissariale di decurtare in via forfetaria del 50% la quantificazione (non contestata) dell'utile d'impresa si basa sull'aver ravvisato, per il lamentato calo di fatturato 2008, cause diverse ed ulteriori dalla mancata commessa di Sulmona (in specie, crisi economica mondiale ed effetti della fusione con la partecipata Meccanica Venturato snc.), cospirando comunque, in senso contrario all'immobilismo aziendale di ricaduta, l'accertata invarianza dei costi del personale per il triennio 2007/2009 (così da concludere che, anche nell'anno di mancata aggiudicazione dell'appalto contestato, il personale dell'azienda sarebbe stato comunque aliunde utilizzato per lo svolgimento di analoghi servizi);

Rilevato più in generale che l'indagine rilevante per l'eventuale riduzione in chiave risarcitoria del mancato utile di impresa –secondo gli esposti principi dell'aliunde perceptum- deve restare preordinata ad accertare, dai bilanci di esercizio, se la ditta abbia fatto o meno ricorso nel periodo in questione a ripieghi gestionali, in qualche modo compensativi della mancata aggiudicazione, senza che pertanto la predetta indagine possa anche estendersi –una volta esclusa una visibile attenuazione del danno mediante commesse alternative – a sindacare altre concause

capaci di aggravare il calo di fatturato comunque registrato, a meno che risulti comprovato un portamento societario di così grave inerzia e negligenza (ben diverso, ovviamente, sia dal mero difetto di monitoraggio di un mercato alternativo, sia dagli eventuali effetti negativi di vicende organizzative interne), tale da determinare il concorso di colpa del creditore ai sensi dell'art. 1227 c.c. ; né tali commesse alternative possono ex se presumersi aver riguardato la ditta danneggiata (a fortiori in presenza di fatturati comunque deficitari), per il solo fatto di aver mantenuto in quell'annualità organici di personale non ridotti, visto che la delusione per mancate commesse, sulle quali la ditta medesima ben avrebbe potuto confidare (previo rispetto di adeguati parametri di idoneità tecnica necessari per la stessa ammissione alla gara), non potrebbe comunque riverberarsi in immediate reazioni di licenziamento e/o di dismissione e vendita di macchinari che sarebbero stati utili in caso di aggiudicazione;

Ritenuto, sulla base di quanto sopra premesso, di poter aderire alle argomentazioni oppostive della soc. Med, che ha richiamato in proposito la stessa nota integrativa di bilancio 2008, ove risulta testualmente indicato che "il ridimensionamento nei volumi di produzione concerne la tipicità dell'attività sociale e quindi risente della variabilità di commesse, soprattutto in periodi di crisi", in una realtà societaria oggettivamente basata su commesse pubbliche, occupandosi tale società in prevalenza di studio, progettazione e fornitura di impianti tecnologici di arredi e di attrezzature per il mercato sanitario;

Considerato pertanto che la flessione di fatturato nel 2008 può ragionevolmente ascrivere alla mancata commessa pubblica di cui è causa, atteso che la crisi economica globale rinforza e non attenua il vulnus derivante dall'illegittima aggiudicazione, proprio per le conseguenti difficoltà nel rimediare, con commesse alternative, all'interno di un mercato bloccato;

Considerato che anche i possibili disagi operativi connessi all'avvenuta fusione societaria della ricorrente restano indifferenti sull'ingiustizia del danno subito (non potendo certamente costituire ragioni di un concorso di colpa nei sensi in precedenza puntualizzati), mentre, sotto il profilo del nesso eziologico, tali disagi –oltre ad accentuare l'entità del pregiudizio da mancata aggiudicazione- comunque concorrono ad escludere l'avvenuto ricorso ad appalti in tutto od in parte compensativi;

Ritenuta parimenti soddisfacente la confutazione sul piano giuridico economico e contabile delle affermazioni commissariali circa l'invarianza di costi per il personale, poiché (a sostegno delle considerazioni generali prima espresse sull'argomento) risulta ben esplicitato che proprio nell'anno 2008 il costo del personale MED ha raggiunto l'incidenza più alta dell'intero quinquennio considerato dal Commissario (54,91%) in rapporto al fatturato complessivo annuo, e ciò a comprova che le risorse predisposte dall'azienda in funzione dei ricavi attesi siano state sotto utilizzate;

Ritenuto parimenti di disattendere le pur abili controdeduzioni del patrono della ASL esterne nella discussione orale della odierna camera di consiglio, visto che:

-anche nel 2009 i risultati gestionali della ricorrente hanno manifestato carattere deficitario (seppur di incremento rispetto al 2008), così che appare comunque indifferente la questione circa quale esercizio fra il 2008 ed il 2009 avrebbe beneficiato in modo prevalente degli utili dell'appalto in questione;

-le affermazioni circa il fatto che l'appalto non avrebbe avuto esecuzione a causa del sopravvenuto sisma del 6.4.09 si palesano prive di alcun supporto probatorio (ed a quanto pare contraddette dalle stesse tesi difensive

dell'Azienda e della controinteressata nel giudizio di appello), restando comunque irrilevanti sul calcolo risarcitorio oggetto del presente vaglio giudiziario, anche in considerazione che nel caso in cui la ricorrente avesse stipulato il contratto, quest'ultima avrebbe potuto comunque confidare in misure compensative del mancato utile d'impresa, pur in presenza di factum principis (recte di evento calamitoso);

Ritenuto pertanto di accogliere il reclamo proposto dalla ditta MED, confermando per il resto gli esiti delle restanti statuizioni commissariali, così che la somma risarcitoria spettante alla ricorrente deve intendersi incrementata (rispetto alle conclusioni del commissario) dalla mancata decurtazione del 50% dell'utile di impresa, con l'intesa che la somma così definita dovrà essere aumentata della rivalutazione monetaria e degli interessi legali da calcolarsi fino alla data di notifica della domanda giudiziale e, successivamente, dei soli interessi legali fino al soddisfo;

Ritenuto che alla liquidazione delle predette somme provvederà l'ASL intimata entro quaranta giorni dalla data di comunicazione e o notificazione della presente sentenza, fermo restando che in caso di inerzia o ritardi, la ditta ricorrente –sempre all'interno del presente giudizio- potrà chiedere la nomina di un nuovo commissario ad acta, anche per tale specifico adempimento solutorio;

Ritenuto altresì che l'Azienda intimata dovrà corrispondere entro il medesimo termine al commissario ad acta il compenso (spese + onorari) pari ad euro 4.932,20 (quattromilanovecentotrentadue/00), come da analitica notula dal medesimo depositata in giudizio il 1.6.2012;

Ritenuto di compensare le spese della presente fase processuale;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima) accoglie il reclamo della ricorrente con le conseguenze e le modalità adempimentali a carico dell'ASL precisate in motivazione.

Ordina altresì all'ASL di corrispondere il compenso commissariale, parimenti quantificato in motivazione;

Compensa le spese della presente fase processuale;

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 12 settembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Elvio Antonelli, Consigliere

Paolo Passoni, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/09/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)